

# EXPERT 109

VERSION 01  
2017 - Mai

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

## Zulässigkeit der Vereinbarung eines neuerlichen Probemonats

### KOMPAKT AUF EINEN BLICK

*Beinahe jedes Dienstverhältnis beginnt heutzutage mit dem sogenannten Probemonat. Während diesem Probearbeitsverhältnis soll der Arbeitgeber die Möglichkeit haben, sich von der Eignung des Arbeitnehmers für die zu besetzende Stelle zu überzeugen. Ebenso soll der Arbeitnehmer so die Verhältnisse im Betrieb des neuen Arbeitgebers kennenlernen können, bevor er sich endgültig für oder gegen die Tätigkeit entscheidet. Wenn ein Dienstverhältnis beendet wird und der Arbeitnehmer zu einem späteren Zeitpunkt neuerlich beim selben Arbeitgeber zu arbeiten beginnt, stellt sich die Frage, ob neuerlich ein Probemonat vereinbart werden kann, oder ob dies nur bei der erstmaligen Beschäftigung möglich ist. Welche Konsequenzen ergeben sich daraus?*

Auftraggeber: Berufsgruppe der OÖ Arbeitskräfteüberlasser, Wirtschaftskammer Oberösterreich  
Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Georg BRUCKMÜLLER  
Branchenanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser, Lektor Donau-Universität Krems

Trotz sorgfältiger Bearbeitung wird für die Ausführungen keine Gewähr übernommen.  
Nur für Mitglieder der Berufsgruppe der Arbeitskräfteüberlasser zum internen Gebrauch bestimmt.  
Jegliche andere Art der Verbreitung und Vervielfältigung nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Fachverbandes der Gewerblichen Dienstleister  
zulässig. [gewerbliche.dienstleister@wko.at](mailto:gewerbliche.dienstleister@wko.at); 05 90900 3260

## Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

**?** **1. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Was sollte ich ganz allgemein zum Thema Probemonat wissen?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Der Probemonat, oder genauer Probearbeitsverhältnis, wird dadurch charakterisiert, dass während des vereinbarten Zeitraums (meist ein Monat) sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber das Dienstverhältnis jederzeit beenden können. Dabei sind keine Fristen oder Termine einzuhalten und es bedarf keiner Begründung für die Auflösung des Dienstverhältnisses. Bei der Beendigung des Dienstverhältnisses in der Probezeit kommt der Kündigungsschutz noch nicht zur Anwendung, es ist daher beispielsweise durchaus möglich ein Dienstverhältnis während eines Krankenstandes oder eines Arbeitsunfalls zu beenden. Das Probearbeitsverhältnis kann maximal einen Monat lang dauern.

Ein Probemonat ergibt sich nicht bereits aus dem Gesetz, sondern muss im Dienstvertrag vereinbart werden. Auch Kollektivverträge können Probezeiträume vorsehen.

**?** **2. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Welche Regelungen gibt es für den Bereich der Arbeitskräfteüberlassung?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Für den Bereich der Arbeitskräfteüberlassung von Arbeitern sieht der Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung (KVAÜ) im Abschnitt IV./1. vor, dass der erste Monat als Probemonat gilt. Während diesem kann das Arbeitsverhältnis jederzeit ohne Kündigungsfrist gelöst werden kann. Arbeitskräfteüberlasser müssen daher mit Arbeitern den Probemonat nicht gesondert vereinbaren, dieser ergibt sich bereits aus dem KVAÜ.

Anderes gilt hingegen für Angestellte, auf diese ist der Kollektivvertrag für Angestellte im Handwerk und Gewerbe in der Dienstleistung in Information und Consulting anwendbar. Dieser Kollektivvertrag sieht keine automatische Probezeit vor, ein Probemonat muss für Angestellte daher vertraglich vereinbart werden.

**?** **3. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Kann grundsätzlich ein Probemonat auch mit einem Mitarbeiter vereinbart werden, der bereits zu einem früheren Zeitpunkt für uns tätig war?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Grundsätzlich JA! Der Gesetzgeber möchte durch die Einräumung eines Probezeitraums beiden Seiten ermöglichen, das Gegenüber kennen zu lernen, bevor eine längerfristige Bindung erfolgt. Dies darf aber nicht dazu führen, dass arbeitsrechtliche Schutzvorschriften (wie etwa Kündigungsfristen, Kündigungsschutz, etc.) umgangen werden. Um derartigen Missbrauch zu vermeiden, hat der Gesetzgeber der Möglichkeit des Probearbeitsverhältnisses einen sehr engen zeitlichen Rahmen gesetzt (ein Monat). Die herrschende Lehre und Rechtsprechung geht davon aus, dass diese zeitliche Begrenzung ausreicht, um Umgehungsversuche zu verhindern. Grundsätzlich können Arbeitnehmer und Arbeitgeber daher ein Probemonat vereinbaren, selbst wenn es bereits zuvor ein Dienstverhältnis zwischen den beiden gegeben hat. Von diesem Grundsatz gibt es nach der Rechtsprechung nur dann eine Ausnahme, wenn „unter den gegebenen Umständen eine Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften zu befürchten ist“. Das ist insbesondere bei sogenannten „Kettenprobearbeitsverhältnissen“ der Fall, wenn ein Dienstverhältnis zu ein und demselben Mitarbeiter also immer wieder in der Probezeit beendet wird, nur um anschließend wieder ein neues Dienstverhältnis zu begründen. Vereinfacht gesagt, muss ein objektiver Grund dafür vorliegen, wieso ein neuerliches Probearbeitsverhältnis vereinbart wird. Die Rechtsprechung nennt diesbezüglich die folgenden Beispiele, die auf die Zulässigkeit der neuerlichen Probezeit hindeuten:

- Gegenstand der Probendienstleistung ist eine andere Tätigkeit als im früheren Dienstverhältnis.
- Das Arbeitsverhältnis wurde durch Kündigung des Dienstnehmers beendet. Die neue Probezeit dient dem Dienstgeber dazu, die Ernstlichkeit des Entschlusses des Arbeitnehmers zu einem Neuanfang zu überprüfen.

Liegt ein plausibler Grund vor, ist die Vereinbarung eines neuerlichen Probemonats daher zulässig. Von wem das

## Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

Dienstverhältnis beendet wurde ist für sich betrachtet nicht ausschlaggebend für die Zulässigkeit eines neuerlichen Probemonats, kann aber in der Gesamtbetrachtung ein Indiz für die Umgehungsabsicht hinsichtlich arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften darstellen. Kündigt der Dienstnehmer, wird dem Dienstgeber ein neuerlicher Probemonat eher zugestanden, als wenn der Dienstgeber selbst die Kündigung ausgesprochen hat.

Auch der Dauer der Unterbrechung des Dienstverhältnisses kommt Indizwirkung zu. Liegt das letzte Dienstverhältnis bereits mehrere Jahre zurück, ist die neuerlich erforderliche Überprüfung der Eignung jedenfalls sachlich gerechtfertigt. Wurde das Dienstverhältnis hingegen erst vor wenigen Wochen beendet, geht dieses Argument ins Leere. Eine konkrete Dauer der Unterbrechung, nach der ein Probemonat wieder zulässig ist, ist der Judikatur nicht zu entnehmen. Es ist im Einzelfall anhand aller Begleitumstände zu überprüfen, ob eine Umgehung von arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften beabsichtigt wird. Zusammenfassend kann festgehalten werden: Die Vereinbarung eines neuerlichen Probemonats ist grundsätzlich zulässig, kann ausnahmsweise unter den beschriebenen Voraussetzungen jedoch unwirksam sein.

**?** **4. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Gilt das alles genauso in der Arbeitskräfteüberlassung?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Hinsichtlich der Überlassung von Arbeitern sieht Abschnitt IV./1. des KVAÜ ein Probemonat am Beginn des Dienstverhältnisses vor, dieses muss daher nicht gesondert vereinbart werden. Schindler vertritt die Ansicht, dass die Formulierung des KVAÜ nur auf das erste Dienstverhältnis zwischen einem Arbeitnehmer und einem Überlasser abstellt und daher bei einem weiteren Dienstverhältnis zum selben Überlasser kein Probemonat mehr möglich sei bzw. jedenfalls gesondert vereinbart werden müsse. Der OGH sieht das anders: Die Bestimmung hinsichtlich des Probemonats im KVAÜ kommt auf jedes neue Dienstverhältnis zur Anwendung. Auch ohne gesonderte Vereinbarung gibt es daher - nach Ansicht des OGH - ein Probemonat bei einer Wiedereinstellung des Arbeitnehmers. Ein besonderer sachlicher Grund ist dafür nicht erforderlich. Im Gegensatz zu den meisten

anderen Branchen und zu den Angestellten in der Arbeitskräfteüberlassung, gilt daher für Arbeiter in der Arbeitskräfteüberlassung auch bei neuerlicher Anstellung beim selben Überlasser automatisch wieder ein Probemonat.

Der OGH deutet an, dass ein systematisches Beenden von Dienstverhältnissen während der Probezeit, nur um anschließend ein neues zu begründen, sittenwidrig und damit unwirksam sein könnte. Eine detaillierte Entscheidung zu dieser Frage fehlt bis dato. Der OGH nimmt hier aber wohl Bezug auf die sogenannten Kettenprobearbeitsverhältnisse, bei denen ein Arbeitsverhältnis immer wieder in der Probezeit beendet und sofort neu begründet wird. Diese Vorgehensweise ist auch in der Arbeitskräfteüberlassung als sittenwidrig zu beurteilen. Darunter sind aber Extremfälle zu verstehen, etwa die Abmeldung eines Arbeiters über das Wochenende bei gleichzeitiger Wiedereinstellung zu Beginn der nächsten Woche. Abgesehen von derartigen Fällen sind unseres Erachtens - angesichts der Rechtsprechung des OGH sowie der Bestimmung des KVAÜ - die allgemeinen Grundsätze betreffend die Vereinbarung eines neuerlichen Probemonats im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung nur in abgeschwächter Form anwendbar. Durch den automatischen Probemonat durch die kollektivvertragliche Regelung wird deutlich klargestellt: Als Grundsatz ist von der Zulässigkeit eines neuerlichen Probemonats auszugehen. Nur ausnahmsweise, wenn offensichtlich die Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften beabsichtigt ist, wird der wiederholte Probezeitraum unwirksam sein. Angesichts der fehlenden Judikatur kann keine klare Grenze der Zulässigkeit gezogen werden, diese ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.

**?** **5. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Reicht es als Grund für einen neuen Probemonat aus, dass der Arbeitnehmer in Zukunft bei einem anderen Beschäftiger eingesetzt wird?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Übt der Mitarbeiter (beim neuen Beschäftiger) eine andere Tätigkeit als bisher aus, spricht jedenfalls nichts gegen eine neuerliche Probezeit. Wenn der Aufgabenbereich beim neuen Beschäftiger ident ist mit dem bis-

## Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

herigen, kann der neuerliche Probemonat bei Vorliegen ergänzender Umstände (kurze Unterbrechung des Dienstverhältnisses, Beendigung des Dienstverhältnisses durch den Arbeitgeber, etc.) möglicherweise unwirksam sein. Eine generelle Regel kann aufgrund der verschiedenen zu berücksichtigenden Aspekte nicht aufgestellt werden. Wird ein Arbeitnehmer einem anderen Beschäftigten überlassen, ohne dass das Dienstverhältnis zum Überlasser beendet wird, kann keinesfalls ein neuer Probemonat vereinbart werden, da eine Probezeit immer nur am Beginn eines Dienstverhältnisses bestehen kann.

**?** **6. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Nach dem KVAÜ müssen Dienstzeiten, die nicht länger als 90 Tage unterbrochen wurden, zusammengerechnet werden. Betrifft das auch den Probemonat?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Nein, der OGH hat das ausdrücklich verneint. Die Zusammenrechnung von Dienstzeiten, die der KVAÜ in Abschnitt V.1. vorsieht, bezieht sich nur auf „Ansprüche des Arbeitnehmers“. Die Thematik des Probemonats betrifft aber nicht nur einen Anspruch des Arbeitnehmers, sondern betrifft gleichermaßen auch den Arbeitgeber. Die gegenteilige Ansicht würde bedeuten, dass dem Arbeitnehmer sein Anspruch auf eine frühzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses während der Probezeit genommen wird. Dies - so der OGH - ist aber nicht die Absicht des KVAÜ. Die Zusammenrechnung der Dienstzeiten bezieht sich daher nur auf dienstzeitabhängige Ansprüche des Arbeitnehmers (etwa AG-Kündigungsfrist, Abfertigung, etc.), nicht aber auf die Frage der Zulässigkeit des Probemonats.

**?** **7. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Muss ich Dienstzeiten bei der Einstufung meiner Mitarbeiter zusammenrechnen?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Ja. Die Zusammenrechnung der Dienstzeiten der letzten 90 Tage nach Abschnitt V. KVAÜ ist hinsichtlich der Einstufung eines Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Nach insgesamt einem Jahr Betriebszugehörigkeit ist daher

ein Arbeitnehmer, der in Beschäftigungsgruppe A eingestuft war, in die Beschäftigungsgruppe B vorzurücken. Wird dies übersehen, kann die falsche Einstufung zu einer strafbaren Unterentlohnung im Sinne des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) führen.